Der prozessuale und der materiell-rechtliche Kostenerstattungsanspruch

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

der

Hohen juristischen Fakultät

der

Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

vorgelegt von

Adalbert Peter Blasy
Assessor aus Aschaffenburg

Approbiert am 23. 12. 1939.

Buchdruckerei M. Krahl, Erlangen-Bruck
1940

1940 M 102

Referent: Universitäts-Professor Dr. Lent.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Meinen lieben Eltern

Inhalts-Uebersicht.

	Seite
A. Einleitung	1
B. Der prozessuale Kostenerstattungsanspruch	1
I. Seine Entstehung	1
II. Seine rechtliche Natur	7
III. Seine rechtspolitische Begründung	10
IV. Reformfragen	19
C. Der materiellrechtliche Kostenerstattungsanspruch	27
I. Seine rechtliche Natur	27
II. Sein Verhältnis zum prozessualen Kostenerstattungsanspruch	30

Literatur-Verzeichnis.

Kommentare und Lehrbücher.

Bergk, Uebertragung und Pfändung künftiger Rechte, Berlin 1912.

Bley, Vergleichsordnung, Kommentar zum Gesetz über den Vergleich zur Abwendung des Konkurses, Berlin 1935.

Borst, Ueber die Erstattung der Prozeßkosten als Schadensersatz nach Vernunftprinzipien und römischen Rechtsgrundsätzen, Nürnberg 1812.

Eisold, Vergleichsordnung, 3. Bearbeitung, Berlin 1931.

Förster-Kann, Die Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich, 3. Aufl., Berlin 1913.

v. Freydorf, Prozeßordnung in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten für das Großherzogtum Baden, Heidelberg 1876.

Gaupp-Stein-Jonas, Kommentar zur Zivilprozeßordnung, 15. Aufl., Tübingen 1934.

Hellwig, Lehrbuch des Deutschen Zivilprozesses, Leipzig 1907.

— System des Deutschen Zivilprozeßrechtes, Leipzig 1912.

Kleinfeller, Lehrbuch des Deutschen Zivilprozeßrechtes, 3. Aufl., Berlin 1925.

Koch, Der preußische Zivilprozeß, Berlin 1855.

Kohler, Der Prozeß als Rechtsverhältnis, Mannheim 1888.

Mayer, Kommentar zum Gesetz über den Vergleich zur Abwendung des Konkurses (Vergleichsordnung), München 1928.

Planck, Lehrbuch des Deutschen Zivilprozeßrechtes, 1. Bd. Nördlingen 1887, 2. Bd. München 1896.

Renaud, Lehrbuch des gemeinen Zivilprozeßrechtes, 1867.

Rosenberg, Lehrbuch des Deutschen Zivilprozeßrechtes, 3. Aufl., Berlin 1931.

Schmidt, Lehrbuch des Deutschen Zivilprozeßrechtes, 2. Aufl., Leipzig 1906.

Seuffert-Walsmann, Kommentar zur Zivilprozeßordnung, 12. Aufl., München 1932.

Skonietzki-Gelpke, Zivilprozeßordnung und Gerichtsverfassungsgesetz für das Deutsche Reich, Berlin 1911.

Hartwig, „Abschaffung der Kostenerstattungspflicht“ in Deutsches Gemein- und Wirtschaftsrecht 1937, Nr. 4, S. 58.

Hahn, Die gesamten Materialien zu den Reichsjustizgesetzen. 2. Bd.: Materialien zur Zivilprozeßordnung, 1. Abt. 2. Aufl. Berlin 1881. 8. Bd.: (Hahn-Mugdan) Materialien zum Gesetz betr. Aenderungen der ZPO., Berlin 1898.

Kallir, „Die Entlastungsverordnung und die praktischen Erfahrungen“ in Juristische Wochenschrift 1916, S. 621 ff.

v. Karger, „Reformbedürftigkeit der Regelung der Prozeßkostentragung“ in Deutsche Juristen-Zeitung 1933, Sp. 342 ff.

Meyer, „Der Kostenerstattungsanspruch, insbesondere der Zeitpunkt seiner Entstehung“ in Deutsche Juristen-Zeitung 1936, Heft 2, Sp. 102.

Mölich, „Der Kostenerstattungsanspruch im Haftpflichtschadenprozeß“ in Die öffentlichrechtliche Versicherung, 66. Jahrgg. Nr. 24, S. 285.

Münzel, „Kostenerstattung im Güteverfahren“ in Juristische Rundschau, 1931 Nr. 12, S. 137.

Nissen, „Zur Struktur des Prozeßkostenanspruches“ in Gruch. Beitr. Bd. 52, S. 836 ff.

Pollak, „Die Zivilprozeßkosten nach österreichischem Recht“ Festschrift für A. Wach. 1. Bd., Leipzig 1913.

Schneider, „Abschaffung der Kostenerstattungspflicht? in Deutsches Recht, 1937, Heft 19/20.

Schöneck, „Die Aufrechenbarkeit des Kostenerstattungsanspruches“ in Juristische Rundschau für die Privatversicherung, 1932, Nr. 21, S. 319.

Thelen, „Zur Kostenerstattungspflicht wegen Verzuges“ in Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht, 1938, Heft 20, S. 704.

Waldner, „Die Lehre von den Prozeßkosten“ Wien 1883.

Weber, „Ueber die Prozeßkosten, deren Natur und Kompensation“ 5. Aufl., Hannover 1811.

Wolf, „Wann entsteht der Kostenerstattungsanspruch?“ in Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern, 1916, Nr. 13/14, S. 216 ff.

Dissertationen.

Oster, Ueber die Kostenerstattungspflicht der Partei im Rechtsstreit, Univ. Leipzig 1909.

Ascher, Die Kostenerstattungsobligation der Partei im Prozeß nach der Deutschen Zivilprozeßordnung, Univ. Greifswald 1912.

Lamm, Die Kostenerstattungsforderung, Univ. Jena 1912.

Müller, Die Prozeßkostenobligation, Univ. Göttingen 1912.

Mayer, Die auf der Aufrechnungseinwendung, insbesondere gegen Kostenerstattungsansprüche beruhende Vollstreckungsgegenklage, Univ. Erlangen 1932.

Knop, Der Kostenerstattungsanspruch, Univ. Erlangen 1936.

Schenk, Der Kostenersatz beim Widerspruch nach § 771 ZPO., Univ. Heidelberg 1937.

Abhandlungen.

Albrecht, „Nochmals Kostenerstattungsanspruch bei Zurücknahme des Güteantrags" in Zeitschrift für die freiwillige Gerichtsbarkeit und die Gemeindeverwaltung in Württemberg, Ausgabe B. 74. Jgg.

Alsberg, „Sicherung der Kosten des Strafverfahrens durch Arrest" in Deutsche Juristenzeitung 1913 Nr. 7, Sp. 442.

Anders, „Aufrechenbarkeit des Prozeßkostenerstattungsanspruches gegen die teilweise zuerkannte Klageforderung" in Juristische Rundschau für die Privatversicherung Jahrgg. 10, Nr. 19, S. 296.

Bindels, „Kostenerstattung" in Deutsche Juristen-Zeitung 1926, Sp. 1771 ff.

Corell, „Der § 91 ZPO. — ein Stiefkind" in Deutsche Juristen-Zeitung 1928, Sp. 1605.

Flügge, „Das besondere Prozeßrecht in Armensachen" in Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht 1932, Nr. 24, S. 1530.

Gaedecke, „Das Beitreibungsrecht des Armenanwaltes" in Schriftenreihe der Juristischen Wochenschrift Nr. 3, 1936.

Goeckel, „Der Einfluß des Bestehens einer Streitgenossenschaft auf die Pflicht zur Tragung und Erstattung der Prozeßkosten" in Blätter für Rechtspflege in Thüringen und Anhalt, 48. Bd., S. 359 u. 49. Bd., S. 1.

Görres, „Die Haftung für den Ersatz von Kosten und Schäden nach dem Deutschen Prozeßrecht" in Zeitschrift für den Deut-Zivilprozeß Bd. 35, S. 313 ff.

Goldschmidt, „Der Prozeß als Rechtslage" Berlin 1925.

Gottschalk, „Der Kostenerstattungsanspruch bei Zurücknahme des Güteantrags" in Zeitschrift für die freiwillige Gerichtsbarkeit und die Gemeindeverwaltung in Württenberg, Ausgabe B, 74. Jahrgg., Nr. 2.

A. Einleitung.

Bei einem Umbruch weltanschaulicher Grundwerte, wie wir ihn in unseren Tagen erleben, geraten auch manche Grundbegriffe der Rechtslehre, die auf ehernem Fundament zu ruhen schienen, ins Wanken. In dem darüber entbrennenden Streit der Meinungen, ob es besser sei das Wankende zu stürzen oder neu zu festigen, scheint es unvermeidlich zu sein, daß jede Partei ihre Forderung als die allein mit der neuen Lehre vereinbare erklärt. So ist nun auch die Lehre von der Erstattung der Prozeßkosten in diesen Meinungsstreit einbezogen worden und es soll die Aufgabe dieser Untersuchung sein festzustellen, welche Bedeutung der prozessuale und der materiellrechtliche Kostenerstattungsanspruch in der Rechtslehre haben, in welchem Verhältnis sie zueinander stehen und inwieweit Reformforderungen berechtigt erscheinen.

B. Der prozessuale Kostenertattunganspruch.

I. Die Entstehung des Kostenerstattungsanspruchs.

Ueber die Entstehung des Kostenerstattungsanspruchs gibt es drei Haupttheorien:

Die erste und am meisten verbreitete Meinung läßt den Kostenerstattungsanspruch mit dem Eintritt der Rechtshängigkeit, also mit der Zustellung der Klage entstehen, jedoch aufschiebend bedingt durch den Erlaß eines die Kosten zusprechenden Urteils [1]).

1) Seuffert-Walsmann ZPO. 12. Aufl. Bd. 1 vor § 91 Anm. 3 S. 166; Petersen-Anger ZPO. 4. Aufl. Bd. 1 vor § 91 Anm. 2 S. 231; Förster-Kann ZPO. 3. Aufl. Bd. 1 vor § 91 Anm. 2b S. 293; Sko-

Nach der zweiten Ansicht entsteht der Kostenerstattungsanspruch dagegen erst mit Erlaß des Urteils. Bis dahin besteht nach dieser Ansicht lediglich eine Anwartschaft auf Erstattung der Kosten[2]).

Eine dritte Theorie endlich läßt den Kostenerstattungsanspruch bei Erlaß des Urteils erst als auflösend bedingten entstehen, der erst mit Vollstreckbarkeit des Urteils zur unbedingten Entstehung gelangt.[3])

Eine logische Begründung für die herrschende Ansicht, der Kostenerstattungsanspruch entstehe „aufschiebend bedingt" mit der Zustellung der Klage, fehlt. Das Schrifttum bezieht sich auf die Rechtsprechung des Reichsgerichts, dieses beruft sich auf die überwiegende Meinung des Schrifttums. Eine Berufung auf die Entscheidungen des Reichsgerichts ist aber deshalb nicht möglich, weil den Entscheidungen, welche die herrschende Ansicht stützen können, ebensolche gegenüberstehen, welche den Anspruch erst mit dem Urteilserlaß zur Entstehung gelangen lassen wollen. So die Entscheidung RG. 124/2, welche feststellt, das Berufungsgericht habe mit Recht ausgeführt, daß der Anspruch auf Kostenerstattung erst durch das Urteil entstanden sei und die Entscheidung RG. 52/332,

---

nietzki-Gelpke ZPO. Bd. 1 vor § 91 Anm. 1 S. 227; Wilmowsk-Levy ZPO. 6. Aufl. Bd. 1 vor § 87 Anm. 1 S. 155; Jaeger KO. 6./7. Aufl. Bd. 1 § 3 Anm. 30 S. 96; Mentzel KO. 4. Aufl. § 3 Anm. 3 S. 38; Warneyer KO. § 59 1 S. 251; Kiesow Vergl. O. 4. Aufl. § 74 Anm. 9 S. 501; Sydow-Busch ZPO. 20. Aufl. § 103 Anm. 1; Bley a.a.O. § 2 Anm. 50b; Gaedecke a.a.O. S. 11; Oster a.a.O. S. 22; Görres a.a.O. S. 351; Bergk a.a.O. S. 137; RGZ. 52/332, 62/189, 145/13, in Recht 1907 Nr. 3781, in Höchstr. Rechtspr. 1929, Nr. 1206.

2) Hellwig, Lehrbuch II S. 48 N 30; Stein-Jonas vor § 91 Anm. II, 4; Rosenberg, Lehrbuch S. 243; Skonietzki-Gelpcke § 103 Anm. 3; Mayer a.a.O. § 2 Anm. 26; Eisold a.a.O. § 2 Anm. 1; Dernburg, allgem. Lehren S. 502 Anm. 2; Staudinger § 387 Anm. I 3a; Nissen a.a.O. S. 844; KG. in OLG. 29/26, Hamburg in OLG. 33/32, OLG. Colmar ZZP. 45/494, OLG. Jena in JW. 1929/147, OLG. Köln in JW. 1930/1512, OLG. Karlsruhe in JW. 1933/2162, 1934/778, RGZ. 124/2 = JW. 29/1398 Nr. 32.

3) OLG. Hamburg in OLG. 5/138; Schmidt a.a.O. § 167, S. 1058; Frank ZZP. Bd. 3, S. 434; RG. in JW. 1901/423.

die zwar meist zur Unterstützung der herrschenden Ansicht aufgeführt wird, in Wirklichkeit aber wohl eher die zweite Meinung zu stützen geeignet ist, worauf später noch eingegangen wird.

M.E. ist aber die herrschende Ansicht aus folgenden Gründen unrichtig:

1. Eine aufschiebende Bedingung hat den Sinn, daß eine Wirkung, welche durch den Eintritt eines anderen Ereignisses aufschiebend bedingt ist, erst dann eintritt, wenn auch das andere Ereignis eingetreten ist. Ein Rechtsgeschäft also, das unter der Bedingung abgeschlossen wird, daß ein bestimmtes Ereignis eintritt, ist solange aufgeschoben, gilt also erst dann als abgeschlossen, wenn das Ereignis eingetreten ist. So betrachtet besteht gar keine Verschiedenheit zwischen der herrschenden Meinung und der zweiten Theorie; denn auch nach der herrschenden Meinung entsteht der durch Erlaß des Urteils aufschiebend bedingte Kostenerstattungsanspruch erst mit Eintritt der Bedingung, also mit Erlaß des Urteils. Dies kommt bei RGZ. 52/332 zum Ausdruck, diese Entscheidung will zwar der Ansicht Ausdruck geben der Kostenerstattungsanspruch entstehe bereits mit der Rechtshängigkeit jedoch aufschiebend bedingt; sie wird auch regelmäßig als Stütze der herrschenden Meinung zitiert. Bei eingehender Würdigung kann man sie jedoch ebenso gut als Beleg für die zweite Theorie anführen; denn wenn es dort heißt „es entsteht auf der einen wie auf der anderen Seite ein bedingter Anspruch auf Erstattung der Prozeßkosten; bedingt dadurch, daß und soweit derselbe demnächst im Urteil anerkannt wird, es bleibt bis dahin ungewiß, ob auf der einen oder auf der anderen Seite ein begründeter Anspruch vorhanden ist, sowie ob ein solcher überhaupt besteht oder nicht vielmehr, indem die Kosten gegeneinander aufgehoben werden, der Existenz ermangelt“ so muß das doch wohl so ausgelegt werden, daß der Anspruch erst dann entstanden ist, wenn durch Eintritt der Bedingung nicht mehr ungewiß ist, ob der

Kostenerstattungsanspruch der einen oder der anderen Seite zusteht, sowie ob er überhaupt besteht und nicht vielmehr „der Existenz ermangelt".

2. Die herrschende Meinung ist auch aus dem Grunde abzulehnen, weil jeder Anspruch eine bestimmte obligatorische Beziehung zwischen zwei Personen herstellt, nämlich das Recht der einen von der anderen ein bestimmtes Tun oder Unterlassen zu fordern. Ein Anspruch kann also erst dann entstanden sein, wenn feststeht, welche von zwei Personen von der anderen etwas fordern kann. Beim Kostenerstattungsanspruch ist aber für die Dauer des Rechtsstreites gerade ungewiß, welcher von den beiden Personen, zwischen denen das Schuldverhältnis entstehen wird, die Rolle des Gläubigers und welcher die Rolle des Schuldners zufallen wird.

Aus diesem Grunde ist auch die Begründung nicht stichhaltig, die Schöneck[4]) der herrschenden Meinung gibt. Er führt aus: Wenn der Kläger, der einen weitübersetzten Anspruch eingeklagt hatte, mit seiner Klage zum Teil abgewiesen und ihm der überwiegende Teil der Kosten aufgebürdet worden sei, so habe der Beklagte Anspruch auf Ersatz seiner Prozeßkosten. Alleiniger Rechtstitel zur Beitreibung dieser Kosten sei der Kostenfestsetzungsbeschluß, der aber erst nach dem Urteil ergehen könne. Wenn nun der mittellose Kläger auf Grund des Urteils in der Zwischenzeit zwischen Urteilsverkündung und Ausfertigung des Kostenfestsetzungsbeschlusses vollstrecken lasse, so habe der Beklagte keine Möglichkeit seinen Kostenerstattungsanspruch durchzusetzen. Der Beklagte müsse daher gegen den vollstreckbaren Hauptanspruch des Klägers mit dem Kostenerstattungsanspruch aufrechnen können. Dazu sei aber Voraussetzung, daß dieser schon vor Erlaß des Urteils und zwar mit der Rechtshängigkeit entstanden sei.

Schöneck übersieht dabei, daß mit dem gleichen Recht wie der Beklagte auch der Kläger mit seinen Kosten auf-

4) Schöneck a.a.O. S. 319.

rechnen kann, so lange nicht durch das Urteil festgestellt ist, welcher Partei der Anspruch zusteht.

3. Aus diesen beiden Gründen scheint mir die Meinung derer den Vorzug zu verdienen, welche den Kostenerstattungsanspruch erst mit Erlaß des Urteils entstehen lassen wollen. Sie entspricht auch besser dem Wortlaut des § 91 ZPO; dieser lautet: „Die unterliegende Partei hat die Kosten des Rechtsstreits zu tragen, insbesondere die dem Gegner erwachsenen notwendigen Kosten zu erstatten". Die Fassung dieser Bestimmung legt die Annahme nahe, daß erst dann eine Pflicht zur Tragung und Erstattung von Kosten entsteht, wenn feststeht, welche von den beiden Parteien die unterliegende und welche die obsiegende ist. Diese Feststellung trifft aber erst das Urteil vorher ist sie unmöglich.

4. Einen weiteren Beweis für die Richtigkeit dieser Ansicht bietet ferner der § 81 GKG. Dieser lautet: „Die durch die gerichtliche Entscheidung begründete Verpflichtung zur Zahlung von Gebühren und Auslagen erlischt, soweit die Entscheidung aufgehoben oder abgeändert wird." Hier ist also deutlich ausgesprochen, daß die Verpflichtung zur Zahlung der Gerichtskosten durch die Entscheidung begründet wird. Die Verpflichtung der einen Partei, der anderen die von ihr vorschußweise gezahlten Gerichtskosten zu erstatten, kann aber nicht eher entstehen, als die Verpflichtung dieser Partei zur Zahlung der Gerichtskosten entstanden ist. Wenn also die Verpflichtung zur Zahlung der Gerichtskosten erst durch die Entscheidung begründet wird, so kann die Erstattungsverpflichtung nicht früher entstanden sein. § 91 ZPO. kennt aber nur eine einheitliche Kostenerstattungspflicht; es wird nicht unterschieden zwischen Gerichtsgebühren und Parteiunkosten. Wenn daher die Pflicht zur Zahlung der Gerichtskosten erst durch die Entscheidung begründet wird, so ist der Beweisschluß gerechtfertigt, daß auch die Pflicht zur Erstattung der übrigen Prozeß-

kosten, die nicht Gerichtskosten sind, erst in diesem Zeitpunkte entsteht.

Aus § 103 ZPO. ergibt sich, daß die Festsetzung der Höhe der Kosten erst dann erfolgen kann, wenn das die Kostenpflicht begründende Urteil rechtskräftig, mindestens für vorläufig vollstreckbar erklärt ist. Es liegt daher die Annahme nahe, daß erst das vollstreckbare Urteil den Kostenerstattungsanspruch entstehen lasse. Diese Ansicht vertritt vor allem das OLG. Hamburg in der Entscheidung OLG. 5/138, in der es sagt: „Der Entstehungsgrund für die Forderung auf Kostenersatz ist erst das den Gegner zum Kostenersatz verurteilende Urteil und zwar das rechtskräftige Urteil. Ein nicht rechtskräftiges Urteil übt, wenn es nicht für vorläufig vollstreckbar erklärt ist, keinerlei Wirkung; es kann daher auch nicht die Quelle einer Kostenerstattungspflicht sein. Diese Verpflichtung ist eine Rechtsfolge des Unterliegens einer Partei und in keinem Stadium des Prozesses, in welchem die Frage, ob und inwieweit die eine oder die andere Partei obsiegen oder unterliegen wird, noch eine offene ist, kann davon die Rede sein, daß eine Partei gegen die andere oder gar daß beide Parteien wechselseitig gegeneinander einen bedingten Kostenerstattungsanspruch haben. So lange aber ein nur nicht rechtskräftiges Urteil vorliegt bleibt jene Frage eine offene, wie sie es im Beginn des Rechtsstreites war."

Es ist richtig, daß vor Rechtskraft eines Urteils nicht endgültig feststeht, ob der Obsiegende nicht durch Einlegung eines Rechtsmittels dieser Stellung und damit seiner Ansprüche aus dem Ersturteil wieder verlustig geht. Jedoch hat die formelle Rechtskraft lediglich die Bedeutung, daß dem Inhaber eines rechtskräftigen Titels ein Anspruch gegen den Staat auf Vollstreckung seines materiellen Anspruchs gegen den Unterlegenen zusteht. Es ist also nicht so, daß erst durch die Vollstreckbarkeit des Urteils der Anspruch zur Entstehung gelangt; im Gegenteil: es muß zunächst ein vollstreckbarer materieller

Anspruch vorhanden sein, zu dessen Durchsetzung dann dem Gläubiger das Vollstreckungsrecht gegeben wird.

Richtig ist weiterhin, daß der durch das Urteil entstandene Kostenerstattungsanspruch auflösend bedingt ist dadurch, daß nicht das Urteil durch den Spruch eines übergeordneten Gerichtes abgeändert wird. Diese Tatsache ist aber ohne Bedeutung für den Zeitpunkt der Entstehung des Anspruches, denn während die aufschiebende Bedingung die Entstehung des Anspruches bis zum Eintritt der Bedingung verhindert, vernichtet der Eintritt der auflösenden Bedingung den vorher entstandenen Anspruch, ist aber ebensowenig wie die aufschiebende Bedingung von rückwirkender Kraft. Die auflösende Bedingung hat somit nicht zur Voraussetzung, daß bis zu ihrem Eintritt der Anspruch in der Schwebe bleibt: der Anspruch ist vielmehr voll wirksam entstanden. Der Eintritt der auflösenden Bedingung hat allerdings dann die Wirkung, daß sie den Anspruch vernichtet.

Zusammenfassend läßt sich also sagen: Der Kostenerstattungsanspruch entsteht im Zeitpunkt der Urteilsverkündung; eine frühere Entstehung ist nicht möglich, weil ein Anspruch erst dann als bestehend angesehen werden kann, wenn feststeht, wer Gläubiger und Schuldner des Anspruches ist und ob ein Anspruch überhaupt entstanden ist. Diese Feststellung trifft aber erst das Kostenurteil. Bis zu diesem Augenblick besteht für beide Parteien eine Anwartschaft, d. h. die Hoffnung und Aussicht, den Prozeß zu gewinnen und damit dann auch einen Anspruch auf Erstattung der Prozeßkosten zu erhalten.

II. Rechtsnatur des Kostenerstattungsanspruches.

Der Hauptstreitpunkt bezüglich des Wesens des Kostenerstattungsanspruches liegt in der Frage, ob der Anspruch seiner Natur nach dem öffentlichen oder dem privaten Recht angehört. Eine Reihe namentlich älterer Schriftsteller[5]) vertritt mit Entschiedenheit den Standpunkt,

5) Kohler a.a.O. S. 81; Planck a.a.O. S. 577 ff.; Hellwig Bd. 2, Seite 48.

es liege öffentliches Recht vor und begründet diese Ansicht folgendermaßen:

1. Der Gerichtskostenanspruch sei zweifellos öffentlichen Rechtes, dem Erstattungsanspruch der Partei könne aber schwerlich ein anderer Charakter zukommen als jenem, denn die Verpflichtung zur Tragung der Kosten, welche die Gerichts- und die Parteikosten in sich schließe, sei eine einheitliche Verpflichtung, welche durch die Verurteilung in die Prozeßkosten erzeugt werde. Sie könne daher auch ihrer Rechtsnatur nach nur einheitlich und zwar öffentlichrechtlich sein.

Der Anspruch der Gerichtskasse auf Zahlung der Prozeßkosten ist zweifellos ebenso öffentlichrechtlicher Natur wie der Anspruch jeder anderen Staatskasse auf Zahlung von Gebühren und Abgaben. Der Anspruch der obsiegenden Partei auf Ersatz ihrer Auslagen steht jedoch in keinerlei innerem Zusammenhang mit dem Anspruch des Staates für die Gewährung seiner Rechtshilfe Gebühren zu verlangen. Es entstehen durch das Urteil zwei durchaus selbständige Verpflichtungen. Für diese Ansicht spricht schon die Tatsache, daß die beiden Verpflichtungen in verschiedenen Gesetzen enthalten sind.

2. Die öffentlichrechtliche Natur des Kostenerstattungsanspruches ergebe sich auch daraus, daß dieser Anspruch dem Willen der Parteien völlig entzogen sei: § 308 Abs. 2 ZPO. bestimme nämlich, daß das Gericht über die Verpflichtung die Prozeßkosten zu tragen auch ohne Antrag zu erkennen habe. Der Kostenerstattungsanspruch werde als unabhängig und selbst gegen den Willen der Parteien rein nach den öffentlichrechtlichen Bestimmungen der ZPO. geregelt.

Dagegen ist zweierlei zu sagen: einmal ist es so selbstverständlich, daß jede Partei für den Fall ihres Obsiegens Erstattung ihrer Kosten verlangt, daß das Gericht selbst dann in diesem Sinne zu entscheiden hat, wenn es die Partei unterläßt ausdrücklich einen dahin lautenden Antrag zu stellen.

Außerdem aber ist es auch sonst im Zivilrecht möglich, daß Rechte entgegen dem ausdrücklich erklärten Willen der Parteien entstehen, z. B. das Recht des Käufers auf Mängelrüge bei arglistigem Verschweigen von Mängeln trotz ausdrücklich vereinbarten Ausschlusses (§ 476 BGB.) oder Kündigungsrecht des Mieters unter bestimmten Voraussetzungen trotz ausdrücklichen vertraglichen Verzichtes auf dieses Recht (§ 544 BGB.).

3. Ein Beweis für die publizistische Natur des Kostenerstattungsanspruchs sei ferner der Ausschluß der Geltendmachung des Erstattungsanspruches durch selbständigen Prozeß.

Diese von Kohler[6]) geäußerte Ansicht ist deswegen unrichtig, weil der Rechtsschutz bezüglich der Kosten sehr wohl im Prozeßwege, nur nicht mittels einer besonderen Klage sondern gleich im Verfahren über den Hauptanspruch erteilt wird. Diese Regelung ist rein aus Zweckmäßigkeitsgründen getroffen worden, damit sich nicht an den Hauptprozeß eine Kette von Prozessen um Kosten und Kosten der Kostenprozesse anhänge, hat aber mit dem Wesen des Kostenerstattungsanspruches nichts zu tun.

4. Endlich sei die öffentlichrechtliche Natur des Kostenerstattungsanspruches bedingt durch die nach überwiegender Meinung öffentlichrechtlicher Natur des Prozeßrechtsverhältnisses, dem er entstamme.

Knop[7]) schließt seine eingehenden Erläuterungen über das Wesen des Prozeßrechtsverhältnisses mit der Beantwortung der Frage ab, ob der Kostenerstattungsanspruch tatsächlich dem Prozeßrechtsverhältnis entstamme. Er stellt sich in dem bedeutsamsten Meinungsstreit in der Lehre von Prozeßrechtsverhältnis auf den Standpunkt der überwiegenden Meinung, die ein Prozeßrechtsverhältnis nur beim Vorliegen der Prozeßvoraussetzungen (Sachurteilsvoraussetzungen) und nicht schon durch jede Klageerhebung entstehen läßt. Nun entsteht aber der Kosten-

6) Kohler a.a.O. S. 81.
7) Knop a.a.O. S. 21 ff.

erstattungsanspruch nicht nur in Prozessen, die mit einem Sachurteil, sondern auch in solchen, die mit der absolutio ab instantia enden, in welchen also nach der überwiegenden Meinung gar kein Prozeßrechtsverhältnis entstanden ist. Wenn also der Kostenerstattungsanspruch auch in solchen Prozessen entsteht, in welchen ein Prozeßrechtsverhältnis nicht vorliegt, so kann er nicht im Prozeßrechtsverhältnis begründet sein. Also kann auch nicht die öffentlichrechtliche Natur des Prozeßrechtsverhältnisses zum Beweis für die öffentlichrechtliche Natur des Kostenerstattungsanspruches herangezogen werden.

Der entscheidende Gesichtspunkt bei Beurteilung der Streitfrage ist m. E. der, daß ein öffentlichrechtliches Rechtsverhältnis nur dann zwischen zwei Rechtssubjekten bestehen kann, wenn diese sich in einem Ueber- bezw. Unterordnungsverhältnis zueinander befinden. Stehen sich jedoch die beiden Rechtsträger gleichberechtigt und gleichgeordnet gegenüber, so sind ihre Rechtsbeziehungen privatrechtlicher Natur. Daher ist der Anspruch der obsiegenden Partei gegen die unterlegene auf Ersatz der Prozeßkosten seinem Wesen nach ebenso privatrechtlich wie jeder andere durch Urteil festgestellte Anspruch zwischen zwei Parteien.

III. Rechtsgrund des Kostenerstattungsanspruches.

So heftig der Entstehungszeitpunkt und die öffentlich- oder privatrechtliche Natur des Kostenerstattungsanspruches umstritten sind, so sehr gehen auch die Ansichten über den inneren Rechtsgrund, das rechtspolitische Prinzip des Kostenerstattungsanspruches auseinander.

In der gemeinrechtlichen Lehre griffen verschiedene Auffassungen Platz, je nachdem, welche der einschlägigen römischen Quellen zu Grunde gelegt wurde. Nach der einen Ansicht war die Kostenerstattungspflicht eine private Prozeßstrafe, die nur denjenigen traf, der in schikanöser Weise den Rechtsstreit vom Zaune gebrochen hatte, dem also der Vorwurf der calumia gemacht werden mußte.

Eine andere Ansicht[8]) dehnte die Kostenerstattungspflicht auch auf denjenigen aus, dem nur culpa levis zur Last fiel.

Im Wege der extensiven Interpretation wurde dann auch die Prozeßkostenhaftung unter die lex aquilia subsummiert[9]) und so setzte sich die Ansicht durch, daß es sich weniger um einen Fall der Prozeßstrafe als des Schadenersatzes handele. Heute ist die Vorstellung vom Strafcharakter der Kostenerstattungspflicht verschwunden; die Begründung zum Entwurf der ZPO[10]) betont ausdrücklich: „Das Prinzip der Strafe als Rechtsgrund ist allgemein aufgegeben." Trotzdem darf nicht übersehen werden, daß die Aussicht die gesamten Kosten tragen zu müssen vielleicht das wirksamste Abschreckungsmittel gegen Prozeßmißbrauch darstellt.

Die Versuche das Rechtsprinzip der Kostenerstattungspflicht zu finden, bewegen sich ebenso in den verschiedensten Richtungen, wie die Auffassungen vom Wesen und Sinn des Rechts überhaupt sich unter dem Einfluß der jeweils herrschenden Anschauungen gewandelt haben.

Waldner[11]) unterscheidet scharf zwischen der Kostenerstattungspflicht des Klägers und der des Beklagten; der Rechtsgrund der Kostenerstattungspflicht des Klägers sei die Rechtswidrigkeit der Anspruchsanmaßung, während die Kostenerstattungspflicht des Beklagten „von der konkreten rechtlichen Natur des im Streite befangenen Anspruchsverhältnisses abhänge".

Die dem Kläger zugesprochenen Prozeßkosten sind nach ihm ein Interessenzuwachs des Hauptanspruches, eine Erweiterung desselben von innen heraus und daher mit ihm materiell eins.[12]). Der Rechtsgrund der Kostenerstattungspflicht ist hiernach stets der gleiche wie die Rechtsgrundlage des in der Klage geltend gemachten Hauptan-

8) Vergl. Waldner a.a.O. S. 45.
9) Vergl. Weber a.a.O. S. 15/16.
10) Hahn, II 1 S. 197.
11) Waldner a.a.O. S. 21.
12) Waldner a.a.O. S. 22.

spruches, also z. B. eine Folge der Haftung aus Vertrag oder unerlaubter Handlung.

Diese Ansicht ließe sich allenfalls noch für Leistungsklagen vertreten. Sie ist aber unanwendbar in allen den Fällen, in welchen eine solche materiellrechtliche Haftung der Klage gar nicht zugrunde liegt, sondern durch die Klage eine Feststellung oder Gestaltung erzielt werden soll. Außerdem zeigt auch die dadurch hervorgerufene Zersplitterung des einheitlich geregelten Instituts der Kostenerstattung in alle nur denkbaren materiellrechtlichen Haftungsgründe, daß dieser Weg nicht der richtige sein kann; denn so verschieden der Rechtsgrund für den Anspruch selbst ist, der Rechtsgrund der Kostenerstattung ist offensichtlich bei Verzug und Delikt usw. stets der gleiche. Das geht schon aus der einheitlichen Regelung im Gesetze klar hervor.

Zur Widerlegung der Ableitung der klägerischen Kostenpflicht „aus der Rechtswidrigkeit der Anspruchsanmaßung“ genügt es auf § 93 ZPO. zu verweisen. Nach dieser Bestimmung kann den Kläger die Kostenlast auch dann treffen, wenn er in der Sache selbst obsiegt, eine „Anspruchsanmaßung“ also durchaus nicht gegeben ist.

Die Verknüpfung der Kostenerstattungspflicht mit dem materiellrechtlichen Anspruch führt also nicht zu brauchbaren Erkenntnissen.

Görres[13]) glaubt den Rechtsgrund der Kostenerstattung am besten dadurch zu veranschaulichen, daß er in Analogie zum „negativen Vertragsinteresse“ den Kostenerstattungsanspruch als „negatives Prozeßinteresse“ bezeichnet. Sein Gedankengang ist dabei folgender: Ebenso wie beim negativen Vertragsinteresse ein Schadensersatz geleistet werde, dafür, daß der Eintritt in an sich erlaubte Rechtsbeziehungen nicht zum Erfolg geführt habe, ebenso verpflichte der Eintritt in die an sich erlaubten Rechtsbeziehungen des Prozesses dann zum Schadensersatz, wenn der mit der Klage erstrebte Rechtserfolg nicht erreicht,

13) Görres a.a.O. S. 352f.

sondern der Prozeß verloren werde. Görres glaubt damit „einen einheitlichen Gesichtspunkt für ein wichtiges Gebiet des Zivilrechts und des Prozesses“ gefunden zu haben.

Dieser Versuch für die Haftung für negatives Vertragsinteresse und für die Prozeßkosten ein gemeinsames Rechtsprinzip zu finden, mußte jedoch daran scheitern, daß diesen beiden Rechtsfiguren lediglich gewisse Aeußerlichkeiten gemeinsam sind, während sie im Kern ihres Wesens nichts gemeinsam haben.

Der Rechtsgrund der Haftung für negatives Vertragsinteresse liegt darin, daß der Vertragsteil, der auf die Gültigkeit der betreffenden Vertragsbeziehungen vertraut hatte und nun infolge ihres Scheiterns nicht den beabsichtigten Vorteil ziehen kann, vom anderen Vertragsteil so gestellt werden muß, als wenn der Vertrag nicht geschlossen worden wäre.

Beim gerichtlich durchgeführten Rechtsstreit jedoch, schließen die Parteien weder einen Vertrag, noch scheitert dieser, noch leidet eine Partei Schaden, weil sie auf die Gültigkeit der Rechtsbeziehungen vertraut hatte. Vielmehr entsteht der Schaden dadurch, daß eine Partei die andere nach den Regeln der Zivilprozeßordnung angegriffen hat.

Der Grundgedanke des negativen Vertragsinteresses kann also zur Erklärung der Kostenerstattungspflicht nicht herangezogen werden.

Bei einseitiger Betrachtung des § 91 ZPO. könnte man die Meinung derer für richtig halten, die den Rechtsgrund für die Erstattung der Prozeßkosten lediglich im Unterliegen der einen und im Obsiegen[14]) der anderen Partei sehen. Gewiß ist dies die äußerliche Regel, nach der im einzelnen Falle die Kosten verteilt werden; aber über das rechtspolitische Motiv des Gesetzgebers, der diese Regelung so und nicht anders getroffen hat, ist damit nichts ausgesagt. Auch der Vergleich[15]) mit den

14) Goldschmidt a.a.O. S. 117.

15) Weber a.a.O. S. 13.

Kosten eines Krieges, die der Besiegte zu zahlen hat, ist daher nur äußerlich richtig und bringt uns jedenfalls der Anspruchsgrundlage[16]) im Sinne von rechtspolitischer Begründung nicht näher; denn der gerichtlich durchgeführte Prozeß ist von einem Krieg doch in sehr vielen Punkten verschieden, vor allem darin, daß im Prozeß die Entscheidung, von der die Kostentragung abhängt, von einem über der Sache und den Parteien stehenden Richter gefällt wird, während das Kriegsglück nicht auf Seiten des besseren Rechts, sondern auf Seiten der stärkeren Bataillone ist.

Auch die Begründung Kohlers[17]) ist sehr unbefriedigend. Er lehrt, die Ersatzpflicht ergäbe sich von selbst daraus, daß sonst kein Ersatzpflichtiger vorhanden sei, da weder der Staat, noch sonst eine Gemeinschaft dem Sieger die Prozeßkosten ersetze. „Mithin ist die Ersatzpflicht des Besiegten ein Reflex, eine Rückwirkung aus dem Rechte des Siegers". Auch diese Erklärung kann nicht befriedigen; es wäre jedenfalls für den Kostenschuldner nur ein schlechter Trost, daß er nur aus dem Grunde die Prozeßkosten zu tragen habe, weil sonst niemand da sei.

Tatsächlich läßt sich m. E. für die Kostenerstattungspflicht sowohl vom privatrechtlichen als auch vom öffentlichrechtlichen Standpunkt aus eine brauchbare rechtspolitische Begründung finden.

Wenn wir von der gesetzlichen Grundlage ausgehen, so dürfen wir nicht den § 91 ZPO. allein heranziehen, sondern nur in Verbindung mit § 93 ZPO. Diese Bestimmung ist keine Ausnahme[18]) vom Grundsatz des § 91 ZPO., sondern erst beide zusammen bilden die Grundlage des Rechtsprinzips, welches lautes: Die notwendigen Kosten der notwendigen Prozeßführung sind zu erstatten. Die Forderungen der beiden Bestimmungen stehen also gleichwertig nebeneinander:

16) Knop a.a.O. S. 15.
17) Kohler ZZP. 30/236.
18) So Hellwig a.a.O. S. 364.

Die Kosten bekommt ersetzt, wer

1. durch das Urteil in der Hauptsache Recht bekommen hat und
2. durch das Verhalten des Gegners gezwungen worden war sein Recht gerichtlich zu erkämpfen oder zu verteidigen.

Oder umgekehrt betrachtet:

Derjenige muß dem Anderen seine Kosten ersetzen, welcher

1. entweder durch sein Verhalten den Anderen gezwungen hat sein Recht vor Gericht zu erstreiten oder den Anderen durch seine Klage angegriffen hat und
2. sachlich nicht im Recht war.

Aus diesem Grundsatz ergibt sich folgender Rechtsgrund für die Kostenerstattung: In der Notwendigkeit der Prozeßführung liegt nicht nur die Voraussetzung, sondern auch die Begründung für die Kostenerstattung. Weil der Unterliegende oder der zwar Siegende, aber überflüssig Klagende den anderen Teil zum Prozeß gezwungen hat, darum ist er verpflichtet, dem Anderen seine aufgewendeten Kosten zu ersetzen. Denn der Verklagte hat ja keine andere Möglichkeit sein Recht zu verteidigen, als sich in den Prozeß einzulassen und die damit verbundenen Kosten aufzuwenden. Andererseits gibt es für den, dem sein Recht verweigert wird, infolge des Verbots der Selbsthilfe keinen anderen Weg als den nun einmal mit Kosten verbundenen der Prozeßordnung. Und selbst wenn er zur Selbsthilfe gegriffen hat, so muß er diese durch Beantragung des dinglichen oder persönlichen Arrestes in die Bahnen des Rechtsweges überführen.

Der privatrechtliche Grundgedanke der Kostenerstattung ist also der des Schadensersatzes, der Wiederherstellung also des ohne das schädigende Ereignis bestehenden Zustandes. Die besondere Regelung in der ZPO. und die Ausstattung mit einigen abweichenden Besonderheiten z. B. Nichtberücksichtigung der Schuldfrage ist auf Zweckmäßigkeitsüberlegungen zurückzuführen.

Der Kostenerstattungsanspruch ist zwar seiner Natur nach privatrechtlich. Sein prozessualer Ursprung jedoch erfordert auch eine Betrachtung vom prozeßrechtlichen Standpunkt. Im folgenden soll die Frage nach dem Rechtsgrund daher auch vom öffentlichrechtlichen Standpunkt untersucht werden.

Die Rechtsordnung ist nicht Selbstzweck, sondern sie dient der Erhaltung des Rechtsfriedens innerhalb der staatlich zusammengefaßten Volksgemeinschaft. Die zur Erreichung dieses Zieles aufgestellten Vorschriften der Rechtsordnung sollte an sich jedes Glied der Volksgemeinschaft aus freien Stücken befolgen. Erfüllt es diese Pflicht nicht, so setzt der Staat seine Zwangsnahmen in Tätigkeit und das pflichtvergessene Glied der Gemeinschaft wird durch den Urteilsspruch zur Erfüllung seiner Pflicht gezwungen. Die Pflichtverweigerung und die Veranlassung der staatlichen Zwangsmaßnahmen stellen aber eine Störung des Rechtsfriedens dar und derjenige, in dessen Rechtssphäre konkret die Rechtsordnung verletzt wurde, hat das Recht durch die Klage die staatlichen Zwangsmaßnahmen für sich in Anspruch zu nehmen.

Nur in diesem Sinne kann noch von einem Klagerecht gesprochen werden. Ein abstraktes Klagerecht[19]) in dem Sinne eines Rechtsanspruches auf gerichtliche Entscheidung über jede vorgetragene Rechtsberühmung hat in der nationalsozialistischen Rechtsordnung keinen Platz mehr, da es zu den gedanklichen Abstraktionen einer „Wissenschaft an sich" gehört, die mit der Zweckgebundenheit der nationalsozialistischen Rechtslehre nicht vereinbar ist. Die Idee des abstrakten Klagerechtes entspringt dem liberalistischen Bestreben, das Individuum gegen die Macht des Staates möglichst zu schützen. Ein Recht des Einzelnen, einen Rechtsstreit durch Geltendmachung unberechtigter Ansprüche entstehen zu lassen, können wir nicht mehr anerkennen. Die Freiheit der Persönlichkeit hat nach nationalsozialistischer Lehre da ihre Grenze,

19) Goldschmidt a.a.O. S. 93 ff.

wo sie mit den Gemeinschaftsbelangen in Widerspruch gerät. Eine Störung des Rechtsfriedens durch unberechtigte Klageerhebung ist aber zweifellos eine Beeinträchtigung der Gemeinschaftsbelange. Daher gibt die Rechtsordnung nur demjenigen die innere Berechtigung für sich die Zwangsmittel des Staates in Anspruch zu nehmen, dem materiell von einem Anderen verweigert wird, was ihm nach der Rechtsordnung zusteht oder von dem etwas verlangt wird, was er nicht schuldet.

Im Gesetz tritt dieser Grundsatz bis jetzt nur wenig in Erscheinung. § 499b Abs. 2 Satz 1 ZPO. gibt dem Amtsrichter die Möglichkeit den Antrag auf Anberaumung eines Gütetermins durch Beschluß zurückzuweisen, wenn der erhobene Anspruch von vorneherein aussichtslos erscheint. § 64 des Preußischen Landesverwaltungsgesetzes vom 30. Juli 1883 bestimmt für das Gebiet des öffentlichen Rechts: „Stellt sich der erhobene Anspruch sofort als rechtlich unzulässig oder unbegründet heraus, so kann die Klage ohne weiteres durch einen mit Gründen versehenen Bescheid zurückgewiesen werden". Allerdings hat dieser Bescheid gem. § 64 Abs. 4 keine endgültige Wirkung.

Der Grund, warum dieser Gedanke nicht mehr zum Ausdruck gekommen ist, liegt in der beschränkten Erkenntnisfähigkeit des menschlichen Geistes, der dem geltend gemachten Anspruch seine Schlüssigkeit nicht sofort ansieht. Andererseits ist es auch nicht möglich, den Anspruch vor Beginn des Prozesses zu prüfen; denn diese Vorprüfung müßte alle jene Fragen klären, die der Entscheidung vorausgehen und würde damit den eigentlichen Prozeß bis zum Urteil vorweg nehmen. Deshalb besteht eine unbegrenzte Klagemöglichkeit, ohne daß das Parteivorbringen vorher auf seine Zulässigkeit, Schlüssigkeit und Begründetheit geprüft wird.

Der Gedanke, daß der Störer des Rechtsfriedens die gesamten Kosten zu tragen hat, wozu auch die Kosten gehören, welche die andere Partei aufwenden mußte,

kommt nicht nur in § 93 ZPO. zum Ausdruck, sondern liegt auch dem § 91 ZPO. zu Grunde. Denn die Urteilsentscheidung beruht ja auf der Erkenntnis des Gerichts, daß die Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung der einen oder anderen Partei materiell unzulässig war, die betreffende Partei also unzulässigerweise den Rechtsfrieden der Gemeinschaft gestört hat. Das Reichsgericht[20]) drückt das folgendermaßen aus: Nach dem Grundgedanken des § 91 ZPO. hat derjenige die Kosten zu tragen, der sich im Unrecht befindet; „ist eine Entscheidung in der Hauptsache ergangen, so muß nach dem Satze „res iudicata ius facit" derjenige, zu dessen Ungunsten erkannt ist, in die Kosten verurteilt werden." Das Reichsgericht legt also hier als Folge des Rechtskraftgedankens das Ergebnis des rechtskräftigen Urteils der Entscheidung über die Kostenverteilung zu Grunde.

In der Störung des inneren Friedens durch Erhebung einer unberechtigten Klage oder durch unberechtigte Nichterfüllung rechtlicher Gebote liegt die soziale Ordnungswidrigkeit, die um ihrer Rechtswidrigkeit willen zum Kostenersatz verpflichtet.

Die Auffassung, daß der Kostenersatz Schadensersatz für ein rechtswidriges Verhalten ist, war in § 169 der Badischen Prozeßordnung von 1864 ausdrücklich ausgesprochen: „Die Schuldigkeit der einen Partei, der anderen die Prozeßkosten zu erstatten, wird nach den Grundsätzen über die Pflicht zum Ersatze eines widerrechtlich zugefügten Schadens beurteilt." Damit brach die Badische Prozeßordnung mit dem bis dahin geltenden Recht schlechthin der unterlegenen Partei die Prozeßkosten aufzuerlegen[21]). Die badische Gesetzgebungskommission war dabei von dem Gedanken beherrscht daß „die durch die Prozeßführung zugefügte widerrechtliche Beschädigung es ist, welche den Grund der Ersatzschuldigkeit ausmacht".

---

20) RGZ. 57/385, 101/165.

21) Weiler, Motive zur Bad. PO., S. 12, zitiert bei Freydorf a.a.O. S. 493.

Auch Hellwig[22]) hält die Prozeßkosten für einen „Nachteil, der sich an eine falsche Rechtsberühmung oder wahrheitswidrige Bestreitung anschließt und deshalb eintritt, weil das Gesetz das ungerechtfertigte Prozessieren objektiv als eine Rechtswidrigkeit ansieht." Er bringt damit auch schon zum Ausdruck, daß der Rechtskraftgedanke zur unwiderleglichen Vermutung der Richtigkeit des prozeßordnungsgemäß festgestellten Rechtszustandes führt.

IV. Reformfragen.

Die Vorschrift des § 91 ZPO. ist schon viel und heftig bekämpft worden; denn wie alle starren Vorschriften, die der abwägenden Hand des Richters keinen Spielraum gewähren, führt auch diese Bestimmung leicht zu Unbilligkeiten.

Ein Blick auf die geschichtliche Entwicklung zeigt uns, daß die jetzt geltende Regelung der Kostenfrage vor Einführung unserer Zivilprozeßordnung noch keine allgemeine Geltung hatte. Das römische Recht verteilte die Kosten zwischen den Parteien dann, wenn die Sache zweifelhaft und die Prozeßführung des Unterlegenen nicht unbesonnen war[23]). Diese Regelung kehrt in dem Kammergerichts-Visitationsabschied von 1713 wieder, in welchem bestimmt wird, daß auch bei Obsiegen einer Partei die Prozeßkosten verglichen werden können, jedoch sollte dies nicht ohne „genugsame Ursach" geschehen. Es blieb dabei zweifelhaft, ob der Kostenvergleich die Regel und die Belastung einer Partei mit den gesamten Kosten nur bei Verschulden vorgenommen werden sollte oder ob der Kostenausgleich nur bei „genugsamer Ursach" vorgenommen und die Erstattung der Kosten die Regel sein sollte[24]).

Die Partikularrechte legten im allgemeinen eine Kostenerstattungspflicht des Unterlegenen fest, kannten je-

22) Hellwig a.a.O. Bd. 2 S. 48.
23) Renaud a.a.O. S. 693.
24) Renaud a.a.O. S. 694.

doch bei besonderen Gründen z. B.[25]) bei Entscheidung einer bestrittenen Rechtsfrage auch Ausnahmen von diesem Grundsatz. Die weitgehendsten Ausnahmen machte die Preußische Allgemeine Gerichtsordnung, die sogar soweit ging der obsiegenden Partei dann die gesamten Kosten aufzuerlegen, wenn sie nur auf Grund ihres eigenen Eides obgesiegt hatte[26]).

Diese preußische Gerichtspraxis, die den Kostenausgleich fast zur Regel machte, gab zu Unzufriedenheit Anlaß, da sie als unbillig empfunden wurde. Die zwingende Vorschrift des § 85 (später § 91) des Entwurfes unserer Zivilprozeßordnung sollte dem weitgehenden richterlichen Ermessen ein Ende bereiten. Diese Zweckbestimmung heben die Materialien ausdrücklich hervor: „Vermieden ist die ungerechte Schonung des unterliegenden Teils auf Kosten des Siegers, zu welcher vielfach der preußische Prozeß durch unzutreffende Anwendung der Bestimmungen über die Verschuldung gelangt war[27]).

Die starre, zwingende Vorschrift des § 91 ZPO. ist also kein Zufall, sondern war wohl erwogene Absicht des Gesetzgebers.

Die Novellen von 1898 und 1909 ließen die Bestimmung des § 91 ZPO. unberührt. Erst die Entl.V.O. vom 9. 9. 1915 (RGBl. I, S. 562) brachte eine Aenderung. Sie bestimmte, daß die Anwaltsgebühren und Auslagen dann nicht erstattet werden sollten, wenn der Wert des Streitgegenstandes 50.— M. nicht überstieg. Wurde diese Wertgrenze nicht erreicht, so mußte geprüft werden, ob die Kosten zur Rechtsverfolgung erforderlich waren, das hatte zur Folge, daß Anwaltskosten nur ganz ausnahmsweise erstattet wurden. Die Wirkung war, daß gerade die ärmere und rechtsunkundige Bevölkerung, die sich nicht selbst vor Gericht vertreten konnte, den Gerichten fernblieb. Kallier[28]) schrieb ein halbes Jahr nach Einführung der No-

25) Coburger PO. Art. 100 Ziff. 2.
26) Koch a.a.O. S. 205.
27) Hahn a.a.O. S. 197.
28) Kallier a.a.O. S. 622.

velle, daß schon die kurze Zeit, seit die Novelle in kraft sei, genügt habe, um die einhellige Meinung der Anwaltschaft zu zeitigen, daß diese Regelung sich mit einer tief eingewurzelten Rechtsanschauung des deutschen Volkes in Widerspruch stelle. Die Novelle wurde am 18. 5. 1916 (RGBl. I, S. 393) wieder aufgehoben nach einer Geltungsdauer von 8 Monaten.

Eine neuerliche Durchbrechung des Grundsatzes, daß der Unterlegene regelmäßig die Kosten zu tragen und zu erstatten habe, schlägt der Entwurf des RJM. von 1931 vor im allgemeinen behält er zwar den Grundsatz des § 91 ZPO. bei, weil er im deutschen Volke und im Bewußtsein der an der Rechtspflege beteiligten Personen so fest eingewurzelt sei, daß seine Aufgabe schweren Bedenken unterliege. In seinem § 95 gibt er aber eine starke Durchlöcherung dieses Grundsatzes, wenn es dort heißt, das Gericht könne der obsiegenden Partei einen Teil der Kosten auferlegen, wenn die Belastung der unterliegenden Partei mit sämtlichen Kosten deshalb unbillig erscheine, weil die zu entscheidende Rechtsfrage zweifelhaft war oder die obsiegende Partei es unterlassen hätte, über das den Gegenstand des Streites bildende Rechtsgeschäft eine Urkunde aufzunehmen, obwohl ihr das nach Lage der Umstände zuzumuten war, oder eine unvollständige oder unklare Beurkundung veranlaßt hätte.

Diese Bestimmung sollte die Parteien dazu erziehen, sich mehr der Schriftform zu bedienen und wollte auf diesem Wege allmählich den unsicheren Zeugenbeweis durch den sicheren Urkundenbeweis ersetzen. Der Vorschlag stößt sich aber daran, daß unser bürgerliches Recht grundsätzlich keine Beurkundungspflicht von Rechtsgeschäften kennt. Und gerade Schiffer, auf den sich der Entwurf beruft[29]), hat den Vorschlag bei zweifelhaften Rechtsfällen nach billigem Ermessen zu entscheiden, abgelehnt[30]), weil

29) Begründung S. 294.
30) DJZ. 1934 S. 1006.

er in den Rechtsstreit einen weiteren Umstand der Unsicherheit hineintrage.

Diesen Vorschlägen, welche eine Beschränkung der Kostenerstattung empfehlen, stehen aber auch Vorschläge gegenüber, die eine Erweiterung anregen, z. B.[31]) in der Weise, daß der Partei, die sich selbst vertritt, für ihre Zeitversäumnis die Kosten ersetzt werden, die bei einer anwaltschaftlichen Vertretung entstanden wären.

Nach dem Umbruch behandelt Franz[32]) die Frage der Kostenerstattung und spricht sich für Beibehaltung des § 91 ZPO. aus mit der Modifizierung, daß die Kostenerstattung dann vermieden werden sollte, wenn sie eine „grobe Unbilligkeit gegenüber der unterlegenen Partei bedeuten würde, die Rechtsverfolgung hinreichende Aussicht auf Erfolg geboten habe und nicht mutwillig war".

Den temperamentvollsten Angriff auf die Einrichtung der Kostenerstattung richtet Hartwig[33]). Er lehnt den Gedanken der Kostenerstattung an sich ab aus folgenden Gründen:

Die Parteien stünden sich heute nicht mehr als Vertrags-Gegner gegenüber, die in rücksichtslosem Kampf ihre Interessen durchfechten, sondern als Vertrags-Genossen, die gemeinsam mit dem rechtswahrenden Richter das Recht suchen. Damit sei es aber unvereinbar, wenn am Ende des Prozesses der eine als Besiegter dastehe und nicht nur die gerichtlichen Kosten tragen, sondern auch die Kosten des Gegners erstatten solle.

Hierzu gilt das schon oben Ausgeführte, daß der Unterlegene dadurch, daß er einen unberechtigten Anspruch erhoben oder einen berechtigten Anspruch bestritten hat, der anderen Partei einen Schaden in Höhe der durch den Prozeß veranlaßten Auslagen verursacht und den allgemeinen Rechtsfrieden gestört hat und daß er diesen Schaden wieder gutzumachen hat.

---

31) DJ. 1934 S. 1006.
32) DRZ. 1934 S. 210.
33) Hartwig a.a.O. S. 59ff.

Außerdem ist unser Zivilprozeß nun einmal darauf aufgebaut, daß die Parteien sich als Gegner gegenüberstehen. Das Verhandlungsprinzip, welches dem Zivilprozeß zu Grunde liegt, beruht gerade auf der Vorstellung, daß eine inquisitorische Mitwirkung des Richters nicht erforderlich ist, weil die Parteien in Verfechtung ihres eigenen Interesses von selbst alles tun werden, um die Wahrheit und zwar jeder die für ihn günstige Wahrheit an den Tag zu bringen. Die Vorstellung des Rechts*streites* gehört also zu den Grundlagen unserer Prozeßordnung.

Gegen beide Gesichtspunkte wendet sich Hartwig in seinen Ausführungen: einmal könne man nicht sagen, daß der Unterlegene einen unberechtigten Anspruch erhoben oder einen berechtigten Anspruch bestritten habe. Mit Recht sage der Volksmund: „Wer Recht hat, braucht noch lange nicht Recht zu bekommen" — ein Ausspruch, den bezeichnenderweise Max Alsberg wiederholt zitiert[34]). Richtig ist, daß verschiedene Gerichte verschieden urteilen und daß sich die Rechtsauffassung im Laufe der Zeit ändert; jedermann ist sich auch darüber im klaren, daß Fehlurteile zu den durch die mangelhaft menschliche Erkenntnisfähigkeit bedingten Schattenseiten des menschlichen Zusammenlebens gehören, aber mit dem gleichen Recht, mit dem Hartwig aus diesem Grunde das Prinzip der Kostenerstattung ablehnt, müßte er dann die gesamte Rechtspflege überhaupt verwerfen.

Beachtlicher sind m. E. seine weiteren Ausführungen darüber, daß der Gedanke des Schadensersatzes überhaupt nicht mehr zeitgemäß sei. Er führt dazu folgendes aus: man müsse sich daran gewöhnen, daß ein Prozeß ein Unglück, ein persönliches Pech, ein Ungemach sei, das man ertragen müsse wie geschäftlichen Aerger oder Krankheit, dessen Beseitigung Kosten verursache wie die Beseitigung anderer Unglücksfälle auch. Er belegt seine Ansicht, daß man sich gegen Angriffe, Verunglimpfungen unberechtigte Ansprüche auf eigene Kosten wehren müsse

34) Z. B. DJZ. 1931, S. 442.

mit einem Urteil des Reichsfinanzhofes vom 6. 5. 1936[35]), in welchem ausgeführt ist, daß Abwehrkosten bei ehrenrührigen Angriffen als Kosten der Lebenshaltung anzusehen sind, weil die persönlichen Interessen an der Wiederherstellung der eigenen Ehre stark im Vordergrund stehen gegenüber den vielleicht gleichzeitig gewahrten wirtschaftlichen Interessen. Er zieht daraus den Schluß, daß Kosten, die zur Abwehr unberechtigter Angriffe auf Person oder Vermögen aufgewandt werden, lediglich den belasten, der sie aufwendet, genau so, als wenn jemand Kosten zur Wiederherstellung seiner Gesundheit aufwendet, die ihm auch niemand erstattet.

Gerade dieses letzte Beispiel zeigt, wie wenig dieser an und für sich gute Gedanke Hartwigs, daß jeder für sich selbst zu sorgen habe, tatsächlich Allgemeingut des praktischen Lebens ist. Denn es ist für die große Allgemeinheit der Mitmenschen nicht richtig, daß ihnen niemand die Kosten ersetzt, die sie zur Herstellung z. B. ihrer Gesundheit aufwenden. Im Gegenteil hat sich der moderne Mensch daran gewöhnt, sich gegen nur alle erdenklichen Angriffe auf Gesundheit, Leben, Vermögen und gegen Unglücksfälle aller Art durch Abschluß von Versicherungen zu schützen. Ich glaube sogar, daß wir heute von den von Hartwig vertretenen Gedanken, daß jeder auf sich selbst gestellt ist, weiter entfernt sind als im Jahre 1879 bei Schaffung der ZPO. Welche Auffassung die ethisch höher stehende ist, mag dahingestellt sein, jedenfalls kann man nicht die Hartwig'sche Ansicht damit verteidigen, daß sie die zeitgemäßere sei, denn die Bemühungen des Staates um das Versicherungswesen gerade in neuerer Zeit bezeugen das Gegenteil.

Das letzte Argument Hartwigs gegen den Gedanken der Kostenerstattung sind praktische Gründe. Er weist daraufhin, daß durch die Kostenfestsetzung und den Streit um die Erstattung oft kleinster Beträge unverhältnismäßig viel Zeit und Arbeitskraft vergeudet wird.

35) RFH. in JW. 1936 S. 2257.

Der hier zu Grunde liegende und aufgezeigte Fehler ist aber nicht im Prinzip der Kostenerstattung begründet, sondern darin, daß es keine Möglichkeit gibt die Kostenentscheidung selbständig anzufechten. Es ist eine Erfahrungstatsache, daß im Prozeß über die Kostenverteilungsfrage nicht viel Worte verloren werden, so lange über die Hauptsache verhandelt wird[36]). Daher muß der Richter die Kostenentscheidung oft ohne vorherige gründliche Erörterung mit den Parteien entscheiden. Schon bisher wurde es vielfach als Mangel empfunden, daß die Kostenentscheidung nur im Rahmen des § 99 Abs. 2 u. 3 ZPO. angefochten werden kann[37]).

Schneider schlägt als einfachste und zweckentsprechendste Regelung vor, den § 99 der ZPO. durch die Bestimmung zu ersetzen, daß, soweit die Anfechtung eines Urteils sich lediglich auf den Kostenpunkt bezieht, die sofortige Beschwerde gegeben sein solle. Dieses Rechtsmittel würde nach dem Vorschlag Schneiders, sofern die Gegenseite in der Hauptsache Berufung einlegt, als Anschlußberufung zu behandeln sein.

Wäre es auf diese Weise möglich, in einem einfachen Beschwerdeverfahren über die Kosten und ihre Erstattungsberechtigung im einzelnen zu verhandeln, so wären die viel größeren und zeitraubenderen Schwierigkeiten im Kostenfestsetzungsverfahren aus dem Wege geräumt.

Außerdem müßte dem Richter die Möglichkeit gegeben sein, von der starren Regel der Kostenerstattung durch den Unterlegenen abzuweichen. Der Vorschlag des RJM. von 1931 bringt zwar diesen Gedanken, will ihn aber nur bei 2 Fällen anwenden, nämlich wenn die Regelung unbillig wäre und eine Beurkundung unterblieben sei. Der Vorschlag des RJM. scheint mir daher zu eng zu sein, weil er diese Möglichkeit allzusehr beschränkt. Vielmehr müßte dem Richter in weit höherem Maße Freiheit der Kostenentscheidung zugebilligt werden.

36) Vergl. Schneider DR. 1937 S. 424ff.
37) Vergl. RG. in JW. 1937 S. 34.

Schließlich bin ich mit Schneider der Ansicht, daß eine Aenderung der §§ 79, 81 GKG. notwendig wäre. Nach diesen Bestimmungen werden einem Kläger, der im ersten Rechtszug unterlegen ist und daher nach § 79 GKG. die sämtlichen Kosten zahlen mußte, diese von der Gerichtskasse nicht zurückerstattet, auch wenn er im zweiten Rechtszuge obsiegt und nun die gesamte Kostenlast den Beklagten trifft. Es bleibt ihm lediglich ein Kostenerstattungsanspruch gegen den Beklagten. Wenn dieser Anspruch nun aber uneinbringlich ist, ergibt sich der für das Ansehen der Staatskasse höchst abträgliche Fall, daß die Gerichtskasse Gebühren zurückhält von einer Partei, die diese nach dem Urteilsspruch gar nicht schuldet.

Im Ergebnis fasse ich meine Ansicht zusammen: das Prinzip der Erstattung der Prozeßkosten ist beizubehalten. Einmal ist es ein alter, im deutschen Recht verwurzelter Gedanke, daß die Feststellung oder Erstreitung seines Rechtes wenigstens für denjenigen nicht mit Kosten verbunden sein soll, der sich im Recht befindet. Dieser Gedanke ist auch mit neuem Gemeinschaftsdenken durchaus vereinbar. Gerade den ärmeren, rechtsunkundigen Volksgenossen gibt erst die Sicherheit, im Falle ihres Obsiegens ihre Kosten ersetzt zu erhalten, überhaupt erst die Möglichkeit, sich der gerichtlichen Hilfe des Staates zu bedienen. Demgegenüber fallen die Nachteile des Kostenerstattungsprinzips kaum ins Gewicht. Die Begründung, daß bei Fehlurteilen die Partei, der ihr gutes Recht versagt wird, auch noch die Kosten der anderen Partei zu tragen habe, könnte mit der gleichen Berechtigung gegen jede richterliche Entscheidung gerichtet werden.

Die Gefahr, die der jetzt gültigen Regelung der prozessualen Kostenerstattungspflicht innewohnt, liegt vielmehr darin, daß der Richter durch die zwingende Vorschrift des § 91 ZPO. in seinen Maßnahmen gebunden ist und daher unter Umständen zu Entscheidungen gezwungen wird, die er selbst als unbillig empfindet. Der Richter müßte also die Freiheit bekommen, unter besonders ge-

lagerten Umständen von der bindenden Vorschrift, die Kosten der unterliegenden Partei aufzubürden, abweichen und eine andere Verteilung treffen zu können.

Außerdem müßte die Kostenentscheidung durch sofortige Beschwerde anfechtbar sein und endlich müßte eine Aenderung des § 81 GKG., dessen Abs. 2 bestimmt, daß bereits gezahlte Beträge nicht mehr zurückgezahlt werden, die nicht als gerecht empfundene Regelung beseitigen, daß das Gericht Gebühren von Parteien einbehält, die nicht kostenpflichtig sind.

C. Der materiellrechtliche Kostenerstattungsanspruch.

I. Seine rechtliche Natur.

Es gibt nun aber eine ganze Reihe von Fällen, in welchen durch die Führung oder Vorbereitung eines Prozesses zwar Kosten entstehen, in welchen es aber an einer vollstreckbaren Entscheidung fehlt, welche diese Kosten der unterliegenden Partei auferlegt. Das Reichsgericht[38]) selbst nennt solche Beispiele des fehlenden Kostentitels, wenn es überhaupt nicht zur Einreichung einer Klage kommt, weil sich der Rechtsstreit durch die Bemühungen des Anwalts in Güte erledigt oder wenn die Klage vor oder nach der Zustellung zurückgenommen wird. Wenn nun die Vorbereitung der Klage durch das Verhalten der anderen Partei z. B. durch unerlaubte Handlung oder Verzug oder durch Verweigerung der Auskunftspflicht nach § 840 ZPO. verursacht wurde, der Kläger aber nach Erteilung der Auskunft die Klage nicht einreicht oder zurücknimmt, so sind ihm durch das Verhalten der Gegenpartei zweifellos Kosten entstanden, deren Erstattung das Rechtsgefühl verlangt.

In diesen Fällen greift der materiell-rechtliche Kostenerstattungsanspruch Platz. Er ist ein bürgerlichrechtlicher Schadensersatzanspruch (§ 249 BGB.) und kann wie jeder

38) RG. in JW. 1931 S. 511 = RGZ. 130/217.

andere Schadensersatzanspruch nur bei schuldhaftem Verhalten geltend gemacht werden.

Zur Geltendmachung des materiellen Kostenerstattungsanspruches gibt es für den Gläubiger 2 Wege: entweder er läßt im Prozeß den ursprünglichen Anspruch fallen und macht den Kostenanspruch zur Hauptsache oder er macht den Kostenerstattungsanspruch mit einer besonderen Klage geltend. Wenn also der Gläubiger während des Rechtsstreites die Unbegründetheit seines Anspruches erkennt, sei es daß der Schuldner die bisher verweigerte Leistung erbringt oder die ihm nach § 840 ZPO. obliegende Erklärung abgibt oder daß sich auf sonstige Weise durch eine Handlung des Schuldners der Anspruch erledigt, so kann der Gläubiger seinen Anspruch fallen lassen. Er ändert dann seine Klage, macht die Kosten des Rechtsstreits zur Hauptsache und stützt diesen neuen Anspruch auf den selbständigen Klagegrund des Verzuges oder der positiven Vertragsverletzung oder der Auskunftsverweigerung usw. Dieser Anspruch betrifft natürlich nur die Kosten, die bisher durch die vergebliche Anstrengung des Prozesses entstanden sind. Diejenigen Kosten, die bei der weiteren Fortführung des Prozesses, der sich jetzt nur noch um die Kostenzahlung dreht, entstehen, sind als Nebenforderung anzusehen [39]). Wenn in Rechtspr. der OLG. Bd. 21, S. 107 und Bd. 15, S. 86 ausgeführt wird die Geltendmachung der Kosten eines Rechtsstreites innerhalb des gleichen Rechtsstreites als Hauptsache unter Fallenlassen des ursprünglichen Klageanspruches sei deshalb unmöglich, weil dieser Schadensersatzanspruch noch gar nicht bestehe, vielmehr erst die Abweisung der Klage voraussetze, so kann ich dieser Ansicht nicht folgen. Natürlich sind Kosten entstanden und zwar die Kosten des bis dahin geführten Rechtsstreites. Diese sind aber auf dem aufgezeigten Wege unter den genannten Voraussetzungen auch innerhalb des gleichen Prozesses verfolgbar.

Der andere Weg die Kosten des vergeblich ange-

39) Vergl. Warn. Rechtspr. 26 Nr. 19, JW. 1897/37.

strengten Prozesses geltend zu machen ist der der Klage. Dabei sind 2 Fälle zu unterscheiden:

Entweder der Kläger nimmt die Klage zurück, ohne den Kostenspruch zur Hauptsache zu machen; dann hat er gemäß § 271 Abs. 3 ZPO. die Kosten zu tragen, was auf Antrag des Beklagten im Urteil auszusprechen ist. Er hat dann die Möglichkeit, den Schaden, den er durch die Kostentragung und den Kostenersatz erlitten hat, vom Beklagten in einer Schadensersatzklage ersetzt zu verlangen. Dieser neuen Klage steht nicht die Einrede der bereits rechtskräftig entschiedenen Sache entgegen; denn im neuen Prozeß wird ja die Erstattung aus einem neuen selbständigen Grunde verlangt und es steht somit nicht dieselbe Rechtsfrage, nicht „eadem causa petendi" zur Entscheidung [40]).

Nimmt nun aber der Kläger seine Klage nicht zurück, sondern versucht er mit allen ihm zur Verfügung stehenden prozeßrechtlichen Mitteln seinen Klageanspruch durchzusetzen und läßt es auf ein Urteil ankommen, wird auch mit seiner Klage abgewiesen und muß die Kosten tragen und ersetzen, so ist m. E. auch in diesem Falle dem Kläger ein Weg zu eröffnen zum Ersatz dieser Kosten zu kommen; denn der Beklagte hat ja durch sein Verhalten den Prozeß verschuldet. Zweifellos kann auch hier der Kläger die von ihm erstatteten Kosten unter dem Gesichtspunkt des Schadensersatzes einklagen. Fraglich ist bei einer solchen Klage nur, ob der Beklagte alle durch den zu Ende geführten Prozeß dem Kläger erwachsenen Kosten verursacht hat und deshalb ersetzen muß. Daß die Klageerhebung durch das Verhalten des Beklagten verursacht worden ist, steht außer Zweifel. Der Kausalzusammenhang besteht aber nur so lange, bis er durch die Nachholung der geschuldeten Leistung oder der zu leistenden Auskunft usw. unterbrochen wird. In diesem Augenblick wird die Klage unbegründet. Wenn nun aber der Kläger seinen ursprünglichen Anspruch weiter betreibt, so tut er

40) RGZ. 54/40.

das auf eigene Gefahr und verursacht die durch die Weiterführung des Prozesses entstehenden Kosten selbst. Er kann also vom Beklagten in einem neuen Prozeß nur den Teil der Kosten zurückverlangen, der entstanden ist bis zu dem Zeitpunkt, in welchem das Verhalten des Beklagten Ursache zu sein aufgehört hat und sein eigenes Verhalten Ursache zu werden begonnen hat.

II. Verhältnis von materiellrechtlichem und prozessualem Kostenerstattungsanspruch.

Der materiellrechtliche Kostenerstattungsanspruch steht mit dem prozessualen Kostenerstattunganspruch in keinem inneren rechtlichen Zusammenhang. Rein äußerlich ist beiden Rechtsfiguren lediglich das eine gemeinsam, daß es sich in beiden Fällen um die Erstattung von Prozeßkosten handelt. Jedoch sind die beiden Rechtsfiguren nach Rechtsgrund, rechtlicher Natur und ihrer ganzen Stellung in unserem Rechtssystem zwar in manchem ähnlich, jedoch niemals wesensgleich.

Der prozessuale Kostenerstattungsanspruch findet zwar eine rechtspolitische Begründung im Gedanken des Schadensersatzes, er ist jedoch durch seine prozessuale Herkunft so stark mit den bindenden Normen der Zivilprozeßordnung verflochten, daß er mit der Entscheidung in der Hauptsache unlöslich verbunden ist. Diese Verknüpfung geht sogar soweit, daß eine weitverbreitete Meinung in der Tatsache des Unterliegens den Rechtsgrund für die Kostenerstattungspflicht erblicken zu können glaubt. Jedenfalls spielt das Verschulden bei der Frage der prozessualen Kostenerstattung keine Rolle.

Der materiellrechtliche Kostenerstattunganspruch dagegen als Schadensersatzanspruch des bürgerlichen Rechtes ist wie jeder andere Schadensersatzanspruch vom Verschulden abhängig. Daher geht er auch weiter als der prozessuale Kostenerstattungsanspruch; während nämlich der prozessuale Kostenerstattungsanspruch nur den Ersatz der notwendigen Kosten zubilligt, richtet sich

der materiellrechtliche Kostenerstattungsanspruch nach dem Grundsatz des § 249 BGB., wonach der Zustand herzustellen ist, der ohne Eintritt des schädigenden Ereignisses herrschen würde. Nach diesem Prinzip der Naturalrestitution sind also nicht nur die notwendigen Kosten, sondern alle durch den Prozeß entstandenen tatsächlichen Auslagen zu ersetzen.

Es ist klar, daß die beiden Ansprüche häufig nebeneinander herlaufen und sich mitunter überschneiden. Derjenige, der sich der Beratung eines Anwalts bedient, hat einen materiellrechtlichen Anspruch, wenn der Prozeß vermieden wird; zu diesem materiellrechtlichen tritt der prozessuale Kostenerstattungsanspruch hinzu, wenn die Klage zugestellt wird. Wie verhalten sich nun diese beiden Ansprüche zueinander? Nach Baumbach[41]) ist klar, daß nur einmal darüber entschieden werden kann. Zum Beweis dafür führt Baumbach an, so wenig man einen Anspruch, der gleichzeitig auf Vertrag und unerlaubte Handlung zu gründen sei, zunächst aus Vertrag geltend machen könne und, nachdem man ein rechtskräftiges Urteil erzielt habe, noch einmal aus unerlaubter Handlung, so wenig könnten die Kosten, über die einmal erkannt sei, noch einmal aus dem anderen Rechtsgrund verlangt werden. Dies gilt vor allem für diejenigen Kosten, welche entweder im Kostenurteil dem Grunde nach oder im Kostenfestsetzungsbeschluß der Höhe nach von der Erstattung ausgeschlossen werden.

Das Reichsgericht[42]) will allerdings den materiellrechtlichen Kostenerstattungsanspruch grundsätzlich nur dann anerkennen, wenn ein vollstreckbarer Titel fehlt. Wenn dagegen ein solcher Titel vorliegt, so will das Reichsgericht jeglichen materiellrechtlichen Kostenerstattungsanspruch versagen. Es begründet diese Ansicht damit, daß der Anspruch auf Ersatz der Kosten nur auf Grund des Titels und in dem durch §§ 103 bis 107 geregelten Ver-

41) Baumbach in JW. 1931/311.
42) RG. in JW. 1931/311.

fahren geltend gemacht werden könnte. Dieses Verfahren sei der einzige Weg; denn es handele sich um eine Sonderregelung, die naturgemäß abschließend sei. Es sei also ausgeschlossen, neben diesem gesetzlich geregelten Weg eine andere Möglichkeit zu gewähren aus einem materiellrechtlichen Grunde Kostenerstattung zu verlangen.

Die Beweisführung des Reichsgerichts ist wenig überzeugend. Dadurch daß die Zivilprozeßordnung eine genaue Regelung des prozessualen Kostenersatzes gibt, greift sie doch keinesfalls in materiellrechtliche Grundsätze ein. Denn im materiellrechtlichen Kostenerstattungsanspruch liegt ein Anspruch vor, der völlig anders begründet ist, als der prozessuale Kostenerstattungsanspruch, nämlich durch das schuldhafte Verhalten des Prozeßgegners.